

الفرع الثاني

حجج فقهاء القانون .

أولاً :- ليس هناك ما يجبر القضاء الوطنى على النظر فى نزاع لا يرتبط بالإقليم الوطنى على أى وجه من الوجوه وبالتالي لا تضمن الدولة كفاءة آثار الحكم الصادر فى شأنه، ومن ثم يحق للمحكمة أن تقضى بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها رغم خضوع الخصوم اختيارياً لولاية قضائية (1)

ثانياً :- إن القول بجواز التخلّى عن الاختصاص الثابت فى ظل التشريع المصرى يبدو متسقاً مع مفهوم النظام العام فى مجال الاختصاص القضائى الدولى فحالات الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية التى أوردتها النصوص التشريعية تمثل حداً أو مستوى عاماً معقولاً للمشاركة المصرية فى نظر المنازعات الدولية على نطاق الجماعة الدولية ... لذلك يجب أن يتقرر لهذا القاضى مجابهة الحالات التفصيلية التى يبدو من ظروفها الموضوعية أن الاختصاص المصرى لن يحقق فائدة ترجى نتيجة انعدام القيمة الفعلية للحكم الذى سوف يصدره على النطاقين الداخلى والدولى، هنا يحق له التخلّى عن الاختصاص، وفى هذا درء للعبث عن التشريع المصرى وعن السلطة القضائية، وذلك مادام أن حكمه سوف يظل مجرد قصاصات من الورق لا جدوى منها، والأصل فى التشريع والقضاء تجنب العبث (2).

(1) هشام صادق - تنازع الاختصاص ص 60.

(2) أحمد قسمت الجاوى - مبادئ الاختصاص القضائى الدولى ص 149 -

الفرع الأول

حجج الفقه الإسلامى .

استدل من قال بأن القاضى مخير بين الحكم والإعراض عند تداعى غير المسلمين لديه بأدلة كثيرة منها :-

أولاً : قول الله تعالى ﴿ فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ﴾ (1) فالآية محكمة غير منسوخة وهى تقيد تخيير القاضى عند ترفع غير المسلمين إليه بين الحكم أو الإعراض عنهم وردهم إلى أهل دينهم . (2)

ثانياً : ذكر الإمام الشافعى رحمه الله أن رسول الله ﷺ أقام بالمدينة وبها يهود خيبر وفدك وكانوا كذلك باليمن، وكذلك فى زمان أبى بكر وصدر من خلافة عمر حتى أجلاهم وكانوا بالشام والعراق واليمن فى ولاية عمر وعثمان وعلى - رضى الله عنهم أجمعين - ولم يُسمع لرسول الله ﷺ فيهم حكم إلا رجمه يهوديين زنيا وتراضيا بحكمه، ولا لأبى بكر ولا لعمر ولا لعثمان ولا لعلى، وهم أى اليهود بشر يتظالمون ويختلفون ويحدثون فلو لزم الحكم بينهم لزومه بين المسلمين لنقل إلينا عن النبى ﷺ (3)

(1) جزء الآية 42 - سورة المائدة .

(2) المغنى والشرح الكبير - لموفق الدين ابن قدامة - دار الكتاب العربى - بيروت -

لبنان 1392 هـ / 1972 م ج 1 - ص 623، 624، كشف القناع - ج 5 -

ص 116، المدونة الكبرى - ج 3 - ص 312، مغنى المحتاج - ج 4 -

ص 329، 330، زاد المحتاج - ج 3 - ص 245

(3) الأم - ج 4 - ص 129، 130 .

المبحث الثالث

نقد وتقييم الاتجاهين السابقين

كلا الاتجاهين السابقين يمسك بطرف من الحقيقة، وأن كلاهما قد أصاب وأخطأ، لذا أقسم هذا المبحث إلى مطالب ثلاثة أخصص الأول منها لنقد وتقييم الاتجاه الأول، وأجعل الثاني لنقد وتقييم الاتجاه الثاني، وأعقب بالثالث ما بدا لي رجحانه وذلك على النحو التالي :-

المطلب الأول

نقد وتقييم الاتجاه الأول الرافض للتخلي.

إن بين جنابات هذا الاتجاه فقه الشريعة وفقه القانون، وأخصص لتقييم كل منهم فرعاً مستقلاً على النحو الآتي :-

الفرع الأول

تقييم أدلة المانعين للتخير في الفقه الإسلامي.

أولاً:- دعوى نسخ الآية الكريمة " فإن جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم " (1) فهذه الدعوى لم تسلم لهم من عدة وجوه والأصح والأقطع أنها لم تسسخ وأنها محكمة لما يأتي :-

1- أن الآية الكريمة نزلت في شأن غير الوطنيين من غير المسلمين وقد نزلت في حق المهاجرين [الأجانب] وأهل العهد وإن الآية غير منسوخة وذلك ما روى عن ابن عباس - رضي الله عنهما - مما رواه محمد بن اسحق عن داود بن الحصين عن عكرمة أن ابن عباس قال : أن الآية

(1) جزء الآية 42 - من سورة المائدة .

الثاني : إذا كان الهدف من تنظيم الاختصاص الدولي عموماً هو إيجاد معكمة ملائمة لغايات العدالة، فإن تخلف ذلك تعين على المحكمة أن تتخطى عن نظر الدعوى، وهو أمر تقديري للمحكمة استناداً إلى عدة اعتبارات منها قوة وجدية الصلة بين النزاع والنظام القانوني لدولة المحكمة، ومنها مدى كيد رافع الدعوى، ومدى فعالية الحكم الذي ستصدره المحكمة. (1)

رابعاً : إن فريقاً من الشراح (2) قد قسم حالات الاختصاص القضائي إلى اختصاص قاصر على القضاء الوطني واختصاص مشترك بين القضاء الوطني والقضاء الأجنبي، فما الذي يمنع من التخلي عن الاختصاص المشترك كلما كانت الصلة بين النزاع وبين الإقليم المصري صلة معدودة .

(1) د/ أحمد عبد الكريم سلامة - فقه المرافعات بند 250 - ص 311، 312
(2) انظر : في القول بتقسيم الاختصاص إلى قاصر ومشترك د/ محمد كمال فهمي أصول القاذين الدولي الخاص - مؤسسة الثقافة الجامعية - 1992م - ص 617 وما بعدها، ويتبع البعض مقسماً له إلى اختصاص وجوبي وجوازي د/ أحمد عبد الكريم سلامة - أصول المرافعات ص 208 وما بعدها، بينما يرى البعض حصر الحالات التي تتعاقب بالنظام العام في ثلاث حالات هي :- 1- إذا تعلق النزاع بعقار كائن في مصر . 2- إذا تعلق الأمر باتخاذ إجراء وقفي أو تحفظي . 3- إذا تعلق الأمر بتنفيذ جبري يتم في مصر . د/ هشام خالد - دروس في القانون القضائي الدولي 1988م، 1989م - ص 104، 105، وانظر في عرض الاختصاص القاصر والمشارك بالنصيل بحث د/ عكاشة عبد المال - تنفيذ الأحكام الأجنبية بين فكرتي الاختصاص القاصر والمشارك ص 191 وما بعدها، وانظر أيضاً : د/ هشام خالد - طبيعة قوعد الاختصاص ص 96، 97

الله ولا تتبع أهوائهم " لتبين أن هذا هو القسط وهو الحكم بما أنزل الله تعالى، فمثلاً لو كان الزواج بالأم عندهم معتقداً به ثم جاءوا إلى القاضى المسلم ليفصل بينهم فيه، وقبل القاضى الفصل بينهم فلا بد أن يحكم بما أنزل الله فيه وهو إبطال هذا الزواج ولذلك تعقب الآية بقول الله - تعالى - " ولا تتبع أهوائهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك " وهذا كله يؤيد أن الآية الثانية لم تتسخ الأولى وإنما حددت المحكوم به عند اختيار الحكم بينهم وليس فى حالة الإعراض عنهم.⁽¹⁾

3- قال ابن العربى فى التعليق على نسخ آية التخيير بقوله تعالى " وأن احكم بينهم بما أنزل الله " وهذه دعوى عريضة، فإن شروط النسخ أربعة : ومنها معرفة التاريخ بتحصيل المتقدم والمتأخر، وهذا مجهول من هاتين الآيتين فامتنع أن يدعى أن واحدة منهما ناسخة للأخرى ويبقى الأمر على حاله أ. هـ.⁽²⁾

ثم قال القرطبى : قد ذكر النحاس أن هذه الآية متأخرة فى النزول إلا أن يقدر فى الكلام بعد قوله تعالى " وأن احكم بينهم بما أنزل الله " إن شئت، وذلك حيث تقدم ذلك التخيير له ﷺ فى آية التخيير، ثم حذف التخيير من الآية الثانية لدلالة الأولى عليه لأنه معطوف عليه فحكم التخيير كحكم المعطوف عليه، فلا بد أن يكون قوله تعالى " وأن احكم بينهم بما أنزل الله " معطوفاً على ما قبله من قوله تعالى " وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط " ومن قوله تعالى " فإن جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم

(1) فى هذا المعنى انظر : المغنى لابن قدامة - ج 8 - ص 214، 215 .
(2) ذكره القرطبى - الجامع لأحكام القرآن - دار الحديث - مجلد 3 - ج 6 - ص 562 .

التي فى المائدة يعنى قوله تعالى (فاحكم بينهم أو أعرض عنهم) إنما نزلت فى الدية بين بنى قريظة وبنى النضير، وذلك أن بنى النضير كان لهم شرف يأخذون به دية كاملة عن قتلهم، وأن بنى قريظة يأخذون نصف الدية عن قتلهم، فتحاكموا إلى رسول الله ﷺ فأنزل الله تعالى عليه ذلك فيهم، فحملهم رسول الله ﷺ على الحق فى ذلك فجعل الدية سواء بينهما . ومن المعلوم أن بنى قريظة وبنى النضير لم يكونا من الوطنيين " أهل الذمة " وقد أجلى رسول الله ﷺ بنى النضير، وقتل بنى قريظة، ولو كان لهم ذمة لما أجلاهم ولا قتلهم، وإنما كان بينه وبينهم عهد وهدنة فنقضوها⁽¹⁾ حتى قال بعض المفسرين : " فيجوز حينئذ أن يكون حكمها باق فى حق [المسلمين من غير المسلمين] وحكم الآية الأخرى فى وجوب الحكم بينهم بما أنزل الله ثابتاً فى حق [الوطنيين من غير المسلمين] وأنه لا نسخ فى الآية الكريمة⁽²⁾

2- أنه لا يوجد نسخ فى الآيتين الكريمتين لإمكان الجمع بينهما، قال تعالى " فاحكم بينهم أو أعرض عنهم " أفادت الآية الكريمة إباحة التحاكم إلى القاضى المسلم وأباحت للقاضى أن يحكم بينهم، أو أن يعرض عنهم ثم قررت أنه عند اختيار القاضى الحكم بينهم فلا بد أن يكون حكمه بالقسط ولكن ما هو القسط الذى يحكم به ؟ جاءت الآية التاسعة والأربعون بقول الله تعالى : " وأن احكم بينهم بما أنزل

(1) الجصاص - أحكام القرآن - ج 4 - ص 88، 89، والفخر الرازى - التفسير الكبير أو مفاتيح الغيب - دار الفكر العربى - ط 1 - مجلد 6 - ج 11 - ص 242
(2) الجصاص - أحكام القرآن - ج 4 - ص 88، 89، وانظر مغنى المحتاج - ج 4 - ص 329 .

- أبو مسلم⁽¹⁾ بل نقل عن ابن عباس والحسن في شأن سورة المائدة قولهما : إنه لا منسوخ فيها⁽²⁾
- 6- روى عن جبير بن نفيل قال : حججت فدخلت على أم المؤمنين عائشة - رضى الله عنها - فقالت لى : يا جبير تقرأ المائدة ؟ فقلت : نعم فقالت : إنها آخر سورة نزلت ما وجدتم فيها من حلال فاستحلوه وما وجدتم فيها من حرام فحرموه⁽³⁾
- 7- ما نقله فتح القدير من أن بعض الأئمة قالوا بعدم النسخ مطلقاً في سورة المائدة فمن هذا ما أخرجه أبو داود والنحاس عن أبي ميسرة عمر بن شرحبيل قال : " لم ينسخ من المائدة شيء " ، وكذا ما أخرجه سعيد بن منصور وابن المنذر عنه ، وكذا أخرجه عبد بن حميد وأبو داود في ناسخه ، وابن جرير وابن المنذر عن الشعبي وكذا أخرجه عبد بن حميد وأبو داود في ناسخه وابن المنذر عن الحسن البصري⁽⁴⁾

- (1) المعنى لابن قدامة - ج 8 - ص 214، 215 ، والمعنى والشرح الكبير - ج 10 ص 723، 624 ، الجصاص - ج 4 - ص 87 وما بعدها ، والرازي - ج 11 - ص 242 ، ، والقرطبي - ج 6 - ص 184، 185 ، ، والماوردي في تفسيره - دار الصفوة - ط 1 - 1413هـ / 1993م - ج 1 - ص 490 ، ، وتفسير المراغي - ج 4 - ص 120 .
- (2) نقله القرطبي - الجامع لأحكام القرآن - مجلد 3 - ج 7 ص 676 .
- (3) الأثر عن أم المؤمنين أورده الحافظ بن كثير في تفسيره - تحقيق عبد العزيز غنيم، محمد أحمد عاشور، محمد إبراهيم البنا مكتبة دار الشريعة 1971م - مجلد 3 ص 3، وتفسير فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية للإمام الشوكاني طبعة مصطفى البابي الحلبي 1383هـ / 1964م - ط 2 - ج 2 - ص 3 .
- (4) الإمام الشوكاني - تفسير فتح القدير - ج 2 - ص 42

"فهو محكم غير منسوخ، لأن النسخ لا يكون مرتبطاً بالمنسوخ معطوفاً عليه، فالتخيير محكم غير منسوخ ثم قال القرطبي هكذا قاله مكي رحمه الله. أ. هـ⁽¹⁾

4- ومما يؤكد عدم النسخ أيضاً : أن الآية رجحت جانب الإعراض عنهم على جانب الحكم بينهم وهذا مستفاد من قوله تعالى " فاحكم بينهم أو أعرض عنهم وإن تعرض عنهم فلن يضروك شيئاً " فتفى المؤاخذه عند الإعراض وعدم الحكم مرجح للإعراض عنهم، أما عند الحكم بينهم فلم تنف المؤاخذه إنما احكم بالقسط، بما يفيد أن اختيار الحكم سيكون اختياراً للأشق والأثقل، وقد علم أن النبي ﷺ كان إذا خير بين أمرين اختار أيسرهما ولعل هذا هو الذي دفع الإمام مالك ﷺ أن يقول : " وأحب إلى ألا يحكم بينهم " ⁽²⁾

يقول الفخر الرازي : " قال تعالى " وإن تعرض عنهم فلن يضروك شيئاً " والمعنى أنهم كانوا لا يتحاكمون إليه إلا لطلب الأسهل والأخف كالجلد مكان الرجم فإذا أعرض عنهم وأبى الحكم بينهم شق عليهم وصاروا أعداء له فبين الله - تعالى - أنه لا تضره عدائهم له شيئاً⁽³⁾ .

5- أما عما نسب لبعض الصحابة كابن عباس من القول بالنسخ فهو معارض بما روى عن آخرين من عدم النسخ فمن قال بعدم النسخ : الشعبي والنخعي وقتادة ورواية عن الحسن وعطاء، وأبو بكر الأصم

- (1) القرطبي - الجامع لأحكام القرآن - ج 6 - ص 562
(2) المدونة الكبرى - رواية سحنون - ج 3 - ص 312
(3) تفسير الرازي - ط 1 - مجلد 6 - ج 11 ص 242

على نسخ أو إلغاء، ثم الذين ذكروا في الأثر عن عمرهم من الوطنيين غير المسلمين فيبقى حكم التخيير في حق الأجانب كما هو .

رابعاً : ما نسب للحسن البصري من قوله : " بأن أهل الذمة إذا كانوا فينا فمواربهم كمواربنا " يجاب عليه بأن هذا حكم خاص بالمواريث فقط لما لها من مالية خاصة، وكذلك فهي في حق الوطنيين من غير المسلمين ليبقى حكم الأجانب كما هو على التخيير .

خامساً : أما عن القياس على قطع يد السارق منهم وغيرها من الأحكام . فالجواب عليها واضح بأن القياس في غير محله لأن المقيس عليه يدخل في الأحكام العامة التي تتعلق بالنظام العام والتي تطبق على كل السكان بلا استثناء، وليست داخلة في نطاق أحوالهم الشخصية فهي بهذا خارجة عن محل النزاع، وهي من الأمور التي تتعلق بالنظام العام مما لا يسع القاضي أن يتخلى عنه، ولا يحق للخصوم الاتفاق على سلبه من ولاية القضاء الإسلامي، وسواء في ذلك ترفعوا أو لم يترافعوا إلى القضاء الإسلامي، وذلك في شأن قطع يد السارق، وقتل الساحر، وإقامة الحدود عليهم .

الفرع الثاني

تقييم أدلة فقه القانون [المانعين للتخلي]

فمن جهة قد تأثر أصحاب الاتجاه المنتقد بالقانون الإيطالي والذي وضع قاعدة عامة مضمونها عدم جواز مخالفة قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم الإيطالية وذلك بمقتضى المادة الثانية من قانون المرافعات

من هنا فإن دعوى النسخ لم تسلم وإن سلمت فإنها محمولة على نسخ الحكم في حق الوطنيين من غير المسلمين، وحكمها باق في حق الأجانب المسلمين وغير المسلمين .⁽¹⁾

ثانياً : أما عن قول الحسن البصري " خلوا بين أهل الكتاب (2) وبين حاكمهم فإن ترافعوا إليكم فأقيموا عليهم ما في كتابكم " فليس فيه حجة على وجوب الحكم بينهم عند تداعيهم إلى القضاء الإسلامي لأنه :

أولاً :- لا يصلح ناسخاً لنص قرآني محكم، ولم يقل أحد بأن قول التابعي أو الصحابي يصلح ناسخاً للقرآن أو السنة .

ثانياً :- أن في قول الحسن ما يفيد بيان المحكوم به وهو الشريعة الإسلامية عند ترافعهم إلى القاضي المسلم واختيار القاضي للحكم لا للإعراض عنهم حينئذ فإن أقصى ما يفيد قول الحسن هو الحكم عند اختياره بالشريعة الإسلامية .

ثالثاً : ما روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه من كتابه إلى بني تميم وفيه وجوب التفريق بين الأزواج منهم من ذوى المحارم فيجاب على هذا باختار من عمر رضي الله عنه للحكم، فهذا اختيار بمقتضى الآية وليس فيه دليل

(1) معنى المحتاج - ج 4 - ص 329، 330

(2) وقد يعترض بأن التعبير بلفظ أهل الكتاب أفضل من التعبير بالوطنيين من غير المسلمين ! ويجاب عليه بأن التعبير بأهل الكتاب أخص من التعبير بالوطنيين من غير المسلمين، ذلك أن لفظ الوطنيين من غير المسلمين يشمل أهل الكتاب وغيرهم، كما أن لفظ أهل الكتاب يشمل بعض الوطنيين وغيرهم ممن لم يدخل في ذمة المسلمين فليس كل أهل الكتاب وطينيين وليس كل الوطنيين أهل كتاب .

أنه خاضع لرقابة محكمة النقض، وأما عن القول بأنه قد يؤدي إلى إنكار العدالة، فإن الفقه القائل بالتخلي قد اشترط عدم الوصول إلى هذه النتيجة وهى إنكار العدالة وذلك بأن يكون هناك محكمة مختصة بالفعل وأقدر على الحسم وأكثر صلة بالنزاع المعنى. (1)

ومن جهة ثالثة : فإذا كان الفقه قد تكلم عن إعطاء الإرادة دوراً فى سلب الاختصاص كما أن لها دوراً فى جلب الاختصاص (2) فإن إعطاء القاضى هذا الحق يكون من باب أولى وذلك وفق ضوابط وفى إطار معين ويخضع من ثم لرقابة قضاء النقض .

التعقيب على هذا الاتجاه

بعد عرض فقه هذا الاتجاه وتحليل أدلته وحججه، وعرض النقد الموجه إليه يمكننا أن أقول :

(1) إن التخيير للقاضى المسلم قد سلم من النقد وتأكد فى حق الأجانب من غير المسلمين وأنه قد تفرق فى حق الوطنيين من غير المسلمين .

(2) إن الفقه الرافض للتخلي عن نظر الدعوى الواقعة فى إطار الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية بشكل مطلق، فقه على ندرته (3) مرجوح .

(1) هشام خالد - طبيعة قواعد ص 186 .

(2) أحمد سلامة - فقه المرافعات ص 216 ، د/ عكاشة عبد العال - الاختصاص القاصر والمشارك ... ص 205 ، د/ هشام خالد - طبيعة قواعد ص 177 .

(3) حيث لم يقل به سوى فقيهين هما : د/ عز الدين عبد الله، د/ إبراهيم أحمد إبراهيم .

الإيطالى (1) وتأثروا أيضاً بما ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون 1968م فى شأن عدم النص على التخلي وهى عندهم حجة قاطعة على عدم جواز التخلي، وهذا منهم يمثل تناقضاً مع الاستثناءات الضخمة التى أوردوها على حالات الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية، والتى لا تستند إلى نص صريح أو ضمنى فى هذا التشريع (2) فلم يعيرون على القائلين بالتخلي قولهم، ويبررون قولهم بأنه لا سند لهم من التشريع المصرى؟ فإذا كان القول بالاستثناءات على الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية، تنفى اختصاص المحاكم المصرية فى ظل تشريع تولى تفصيلاً تحديد حالات الاختصاص الدولى لهذه المحاكم دون أن يتكلم عن هذه الاستثناءات، وكأن الفقه قد خلقها دون سند تشريعى وبمقتضاها قيد أو سلب من المحاكم المصرية اختصاصاً يشملها عموم النصوص التشريعية القائمة (3)

ومن جهة أخرى فإن القول بأن التخلي يؤدي إلى تحكم القضاة لمرونة المعيار الذى يبنى عليه، فإنه من الممكن وضع معايير منضبطة كما

(1) فى القول بهذا التأثر : د/ هشام خالد - طبيعة قواعد الاختصاص - ص 39، وهو يشير إلى المادة 2 مرافعات إيطالى بالهامش رقم 80، وقد اعترض بعض الفقه على هذا التشابه المزعوم بين القانون المصرى ونظيره الإيطالى والفرنسى، وذلك أن حال القانون المصرى فى هذا الصدد قد يختلف كثيراً عن حال هذين التشريعين وذلك سواء من حيث الاختلاف الهيكلى فى البناء التشريعى لقواعد الاختصاص القضائى الدولى فى كل من هذه التشريعات أو من حيث إمكانية المرونة أو ضرورتها فى تفسير النصوص التشريعية المتميزة القائمة فى كل منها شأن هذا الاختصاص . د/ أحمد قسمت الجداوى - مبادئ الاختصاص ... ص 147 وهامش 2 .

(2) انظر هذا الاعتراض : د/ أحمد قسمت مبادئ ص 152، 153

(3) أحمد قسمت - مبادئ ص 156، 157

المطلب الثاني

نقد وتقييم الاتجاه الثاني " القائلين بالتخلي "

الفرع الأول

النقد الموجه إلى الفقه المجوز لتخيير القاضي

المسلم مطلقاً عند تداعي غير المسلمين لديه .

أولاً : لم تسلم دعوى التخيير المطلقة من النقد ، فقد ورد ما يؤكد نسخ هذا الحكم في حق الوطنيين من غير المسلمين . فمن ذلك ما رواه مجاهد عن ابن عباس قال : نسخت من هذه السورة [المائدة] آيتان آية القلائد وقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ﴾ فكان رسول الله ﷺ مخيراً إن شاء حكم بينهم وإن شاء ردهم إلى حكاهم فنزلت ﴿ وَأَنْ أَحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾ فأمر رسول الله ﷺ أن يحكم بينهم بما في كتابنا ⁽¹⁾ وأقل ما يقال أن هذا النسخ قد تأكد في حق الوطنيين من غير المسلمين .

ثانياً : إن الوطنيين من غير المسلمين يلتزمون بأحكام الدار باعتبارهم من أهلها وقد رضوا بذلك ، وهم مقرون على أن يكون لهم ما لنا وعليهم ما علينا . ⁽²⁾ فالقول بتخيير القاضي في شأنهم وردهم إلى حكاهم وشرائعهم لا يتناسب مع استقرار النظام في البلاد وخاصة أن الروايات الكثيرة قد تضافرت وأقوال الكثير من الفقهاء قد توافرت على أن التخيير هذا حكم خاص بالأجانب من غير المسلمين ، وقد بقي حكم

(1) الأثر عن ابن عباس ، ذكره ابن حزم - المحلى بالأثر - ج 9 مسألة 1795 - ص 425

(2) الجصاص - أحكام القرآن - ج 4 - ص 89

(3) إن الفقه الذي رفض التخلي بشكل مطلق تمسك بالظاهرية

الشكلية من النصوص من مثل القول بأن قواعد الاختصاص القضائي متعلقة بالنظام العام لورودها مصدرة بلفظ تختص الذي يفيد الوجوب .

(4) وقد لاقى هذا الاتجاه تأييداً من بعض أحكام القضاء ، فمن ذلك حكم محكمة الاستئناف المخططة الصادر عنها بجلصة 26 / 6 / 1918م وبجلسة 20 / 11 / 1918م إلى القول بتعلق قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية بالنظام العام في مصر ، وذلك في ظل المادتين 13 ، 14 مدني مختلط ⁽¹⁾ ومنها الحكم الصادر في 29 / 11 / 1995م في الدعوى 95/1359 شمال القاهرة الابتدائية والتي رفضت تنفيذ حكم أجنبي قطري لصدوره في الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية وتعلق ذلك الاختصاص بالنظام العام . ⁽²⁾

(5) كما أن الفضل يرجع إلى هذا الاتجاه في وضع ضوابط ومعايير منضبطة ومحددة لا يؤدي التخلي عند مراعاتها إلى إنكار العدالة أو الإخلال بتوقعات الأفراد أو الفش وكان هذا من خلال المآخذ التي أخذوها على التخلي عن نظر الدعوى والتي راعاها الفقه عند بحثه لهذه النظرية ومن ثم وصل إلى نتائج طيبة في هذا الشأن

(1) مشار إليهما في : د/ عز الدين عبد الله - القانون ... ط 8 ص 739 ، وقد أشار إليهما د/ هشام خالد - طبيعة .. ص 10 ، 11 ، 67 .

(2) انظر في إيراد هذا الحكم والتعليق عليه : د/ هشام خالد - طبيعة قواعد الاختصاص ص 54 وما بعدها .

الفرع الثاني

تقييم فقه القانون المؤيد للتخلي .

أولاً: إن فقه القائلين بالتخلي عن نظر الدعوى الواقعة في إطار الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية طبقاً لأحد ضوابط الاختصاص المقررة في القانون المصري، فقه هذا الاتجاه تعوزه الشرعية القانونية، حيث إن القانون الحالي صدر خالياً من نص يقرر التخلي بل لقد صرحت المذكرة الإيضاحية عن عدول المقتن عن التخلي عن نظر الدعوى طبقاً للقانون الملقى، وهنا فإن هذا الاتجاه ينقصه السند التشريعي من القانون المصري . فيقول بعض أنصار هذا الاتجاه : "ولكنه تنادياً للحرج من أن يقوم الفقه بعمل المشرع عن طريق دون سند من النصوص التشريعية القائمة ففى تقديرنا أن مثل هذه الاستثناءات وغيرها يصح أن يدخل في نطاق نظرية عامة للتخلي عن الاختصاص بمقتضاها يحق للقاضي المصري أن يتخلى عن اختصاصه ... " (1)

بينما يدعو البعض المقتن إلى تقنين التخلي عن نظر الدعوى ويقترح لذلك القول بأنه : ويحق للمحكمة المصرية أن تتخلى عن نظر الدعوى أو تحيلها للمحكمة الأجنبية المعنية كلما كانت الأخيرة هي الأقدر على الفصل فيها " (2)

(1) /د/ أحمد قسمت الجداوى - مبادئ ص 157 .
(2) /د/ هشام خالد - طبيعة قواعد ص 186 .

التخيير في حق الأجانب (1) حتى قال المأوردى أن أهل العلم لم يختلفوا في أن آية التخيير نزلت في شأن المواد عين [المستأمنين] من يهود المدينة قبل فرض الجزية عليهم (2) وبمثله قال الجصاص والقرطبي والرازي والمراغي (3).

ثانياً : اعترض على القائلين بالتخيير بما ورد أن النبي ﷺ : ردأ رأس يهودى بين حجرين لأنه ردأ رأس جارية بين حجرين " (4) فهذا النص يمنع التخيير ويلزم بالحكم بين غير المسلمين عند تداعيمهم، وأجيب على هذا الاعتراض بأن هذا من القصاص الذى يستوى فيه الكافة من جميع سكان الدار ولا وجه للتمييز، وهذا خارج عن محل النزاع .

(1) الجصاص - أحكام القرآن - ج 4 - ص 87، 88، 89، محمد جواد مغنية - الفقه على المذاهب الخمسة - دار الجواد - بيروت ط 7 ص 316، مختصر اختلاف العلماء - الطحاوى - ج 3 - ص 390، 391، 392، 393، شرح أدب القاضي - للإمام عمر بن عبد العزيز - دار الكتب العلمية - بيروت - ص 495 وما بعدها، المغنى لابن قدامة - ج 8 ص 214، 215، الإنصاف ج 4 - ص 235، 236 (2) الحاوى الكبير - ج 18 - ص 446 .
(3) الجصاص - ج 4 - ص 88 - القرطبي - ج 6 - ص 184، الررازى - ج 11 - ص 242، المراغى - ج 4 - ص 120، 121 .

(4) رواه قتادة عن أنس - صحيح البخارى - كتاب الديات - باب إذا قتل بحجر وعصا - وكذا باب من اقادا بالحجر ص 1380، صحيح مسلم - كتاب القسامة والقصاص والديات - باب ثبوت القصاص فى القتل بالحجر ص 841، 842، ومسند أحمد - كتاب باقى سند المكثرين - باب باقى السند السابق رقم 13337 - وفى سند أنس بن مالك رقم 12428، ورواه جابر بن سمرة - سنن ابن ماجه - كتاب الحدود - باب 10 حديث رقم 2557 - ص 855 .

الفرع الأول

- نتائج العرض السابق -

فى الواقع أن عرض الاتجاهين السابقين حول التخلّى عن نظر الدعوى القضائية الداخلة فى اختصاص القاضى الوطنى فى الفقه الإسلامى والفقه القانونى، ترتب على ذلك عدة نتائج من أهمها :-

أولاً :- أن المقطوع به فى فقه القانون، والراجع فى الفقه الإسلامى عدم جواز التخلّى عن الدعوى مادام أنه كان فى أطرافها طرف وطنى، وفى الفقه الإسلامى وبالاتفاق مادام أنه كان فيها طرف مسلم .

ثانياً :- أن الراجع فى الفقهاء الإسلامى والقانونى أن القاضى مخير بين الحكم أو التخلّى عن الدعوى عندما يكون جميع أطرافها أجانب، بضوابط تأتى لاحقاً .

ثالثاً : أن التخلّى مبرر ووجيه حتى عند المعارضين له، إذ هو وسيلة جيدة للحفاظ على كرامة القضاء والنأى به عن العبث الذى يتنافى مع مكانته، فالأحكام التى قد تصدر عن هذا القضاء بغير ارتباط حقيقى بهذا القضاء ليس لها إمكانية التنفيذ خارج الحدود، تركها أفضل والبعد عنها أعظم وأكرم .

رابعاً : أن التخلّى عن نظر الدعوى القضائية فى الاختصاص القضائى بمنازعات أطرافها أجانب، وارتباطها به محدود أو معدوم نظرية قديمة قرر القرآن الكريم حكمها بقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ جَاؤُوكَ فَاخْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ﴾ . فهى ليست حدثاً جاءت به المدنية الحديثة فلمعل لها جذوراً عميقة فى أصول الإنسانية منذ فجر التاريخ .

ثانياً : إن المحاكم المصرية عندما يطلب إليها تنفيذ حكم أجنبى لا تعمل كثيراً على فكرة التخلّى عن نظر الدعوى والتى مقتضاها فى مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية أن القاضى يضع نفسه وكأن النزاع عرض عليه ابتداءً فإذا تبين له أنه قليل الصلة بالقضاء المصرى ومن ثم يمكن التخلّى عن نظره، حينئذ يمكنه تنفيذ الحكم الأجنبى الصادر فيه، أما إذا تبين له أن النزاع المحكوم فيه بحكم أجنبى ويدخل فى اختصاص القضاء المصرى، وشديد الصلة بالقضاء المصرى حينئذ يمكنه رفض تنفيذ هذا الحكم .⁽¹⁾ ولكن القضاء المصرى لا يعمل على ذلك فمن هذا حكم محكمة النقض المصرية بجلسة 2 / 7 / 1964م وقد قبلت تنفيذ الحكم الأجنبى الداخلى فى اختصاص القضاء المصرى وذلك اعتماداً من المحكمة على أن هذا الاختصاص من قبيل الاختصاص المشترك وليس الاختصاص القاصر على المحاكم الوطنية .⁽²⁾

المطلب الثالث

نتائج وضوابط وتوصيات لفكرة التخلّى

وأعرض فى هذا المطلب إلى نتائج العرض السابق، وضوابط للتخلّى، وتوصيات لازمة له، ومن ثم أقسم هذا المطلب إلى الفروع الثلاثة التالية :-

(1) / أحمد قسمت الجداوى - دراسات فى القانون الدولى الخاص - ص 204 .

(2) / القضية رقم 29/232 قضائية - مجموعة أحكام النقض السنة 15 العدد 2 ص 909، وانظر حكمها فى 28 / 11 / 1990م ومشار إليه لدى : د/ هشام خالد - طبيعة قواعد ص 116، الذى يشير إلى د/ عكاشة عبد العال الاختصاص ص 307، والحكم غير منشور .

خامساً :- أن التخلي عن الدعوى يؤثر على تنفيذ الأحكام الأجنبية فيجعلها أكثر قبولاً عند طلب تنفيذها في الدولة التي تخلت عن هذه الدعوى ابتداءً .

سادساً :- أن التخلي عن الدعوى لا يؤثر على حق التقاضي ولا يمس مركز الأجانب ولا يؤدي إلى إنكار العدالة .

الفرع الثاني

ضوابط التخلي عن نظر الدعوى .

لا يعقل أن يترك للقاضي مكنة التخلي عن كل دعوى لا يهواها وإنما وضع القائلون بالتخلي ضوابط تلزم عند إعماله، ولقد كانت المادة 865 من قانون المرافعات رقم 77 لسنة 1949م تنص على أنه : " في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 2/861، 862 وحيث يكون القانون الواجب تطبيقه هو قانون الدولة التي ينتمى إليها جميع الخصوم بجنسيتهم يجوز للمحكمة مراعاة لحسن سير العدالة أن تكلف المدعى برفع دعواه أمام محاكم هذه الدولة إذا كان رفعها إليها جائزاً " وكان التخلي منوطاً بتوافر عدة شروط وهي (أ) يجب اتحاد الخصوم في الجنسية (ب) أن يكون قانون جنسيتهم المشتركة هو الواجب تطبيقه على الدعوى . (ج) أن تكون محاكم الخصوم مختصة بالفصل في الدعوى، فإذا تحققت هذه الشروط حق للمحكمة أن تتخلي عن نظر الدعوى وتكلف المدعى برفع دعواه إلى المحكمة المختصة في دولته (1)

(1) منصور مصطفى منصور - مذكرات في القانون الدولي الخاص 1957م - ص 372، 373، د/ هشام خالد طبيعة قواعد الاختصاص ... ص 133، 134 .

ويمكنني أن أضع أربعة ضوابط بتحققها يمكن للمحكمة أن تتخلي عن نظر الدعوى .

الضابط الأول :- أطراف الدعوى

فيشترط في أطراف الدعوى أن يكونوا جميعاً - وطبقاً للفقهاء الإسلامى - أجنبى وغير مسلمين، وعلى ذلك لا يمكن قبول التخلي كلما كان أحد أطراف الدعوى وطنياً أو مسلماً طبقاً للفقهاء الإسلامى، حيث إن الفقه الإسلامى رأى إلزامية الدعوى كلما كان فيها طرف مسلم ولا خيرة للقاضى مع ذلك .

الضابط الثانى : موضوع الدعوى

فيشترط أن تكون المنازعة على حق من الحقوق الداخلة في إطار القانون الخاص، أحوال شخصية أو عينية، ومن ثم إذا تعلقت المنازعة بالقانون العام فإنها تخرج عن نطاق النظرية الماثلة، وذلك حيث إنه لا يمكن للقاضى التخلي عنها .

الضابط الثالث : القانون الواجب تطبيقه على الدعوى .

يشترط هنا أن يكون القانون الواجب تطبيقه على الدعوى المراد التخلي عنها قانوناً أجنبياً وليس وطنياً لأنه لو كان وطنياً فإن الصلة تكون أكبر ومن ثم لا يصلح التخلي عن نظر الدعوى .

الضابط الرابع : الرابطة التي تربط الدعوى بالمحكمة .

حيث إن ارتباط الدعوى بالمحكمة الوطنية أو المحكمة الأجنبية هو الذى يحدد إمكانية الفصل فى الدعوى أو التخلي عنها لصالح

الخاتمة

المحكمة الأجنبية وهذا الضابط هو الذي اهتم به الفقه الحديث وأخذ في
تقصيله . (1)

الفرع الثالث

التوصيات

يا حبذا لو قنن المشرع المصرى هذه النظرية بهذه الضوابط وجعل
القاضى بعد ذلك مخيراً بين الحكم فى الدعاوى المعنية أو التخلّى
عنها .

(1) لو تحث عنوان فكرة الرابطة الوثيقة، انظر بالتفصيل : د/ هشام خالد - الاختصاص
القضائى ... ص 175 وما بعدها

بعد هذا العرض لموضوع "آثار الزواج في القانون الدولي الخاص والفقهاء الإسلامى - دراسة فى مسائل الجنسية والميراث والنفقة" والذي حاولت فيه - قدر طاقتى - الوصول إلى الحقيقة ، ولن أدعى الوصول إليها ، ولكن حسبى أنى اجتهدت فيه ولن أدعى الكمال فالكمال لله وحده ولن أقول أنى أخلصت فيه لأن دعوى الإخلاص تنافى الإخلاص ، هذا وقد حملته على لاحول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم ، فإن كان فيه من خير فمن الله واليه وإن كان غير ذلك فمن نفسى وحسبى الله ونعم الوكيل ، وبعد فهذه نتائج هذا البحث التى توصلت إليها من بحثى :-

أولاً : الوصول إلى تحديد دقيق لماهية آثار الزواج والتى هى الأحكام التى تقترب على ابتداء الزواج وتستمر ببقائه وقد تمتد بعد انتهائه وقد كان أدق وصف فى ذلك قول الحق ﷻ **وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ** (البقرة: ٢٢٨)

ثانياً : لم أتوصل إلى أن مصطلح أحكام الزواج أكثر دلالة على المعنى المراد من آثار الزواج وقد استخدمت مصطلح آثار الزواج لشهرته .

ثالثاً : أدت معالجة التقسيمات المختلفة لآثار الزواج إلى الآتى :-

- 1- معرفة الصحيح وغير الصحيح من آثار الزواج .
- 2- معرفة المستفيد الأكبر من آثار الزواج وهى الزوجة .
- 3- معرفة أن آثار الزواج مرتبطة بالزواج بل وممتدة بعده .
- 4- الوصول إلى أن آثار الزواج فى الفقه الإسلامى آثار شخصية حتى وإن وجد فيها عنصر مالى كالنفقة والمهر بخلاف القوانين الغربية التى تعرف النظام المالى للزواج .

ثامناً: اتضح لى أن الجنسية هى صفة تلحق الفرد ذات طبيعة سياسية وقانونية وتربط الفرد بدولة معينة وبمقتضاها يتم التوزيع القانونى للأفراد فى المجتمع الدولى .

تاسعاً: اتضح لى مع الراجع من أقوال العلماء معرفة الفقه الإسلامى لفكرة الجنسية مع بعض الاختلافات فى المصطلحات الحديثة كمصطلح الولاء والذمة والدار ولا مشاحة فى الاصطلاح .

عاشراً: اتضح لى ومع الراجع من أقوال العلماء أن الجنسية لدى فقهاء الإسلام أسست على الدين وأسس أخرى كالتوطن .

حادى عشر: اتضح لى أنه لا مانع من جهة الشرع فى استبدال المصطلحات الفقهية القديمة كمصطلح (الحربى ، الذمى ، دار الحرب ، دار العهد) بغيرها من المصطلحات التى تبعث على الأمان والسلام اللذان كرمهما الإسلام .

ثانى عشر : اتضح لى أن بعض الأنظمة القديمة والحديثة قد اتخذت من اختلاف الجنسية مانعاً من الزواج (كاليهود) كما أن بعض فقهاء الحنفية قد رأى اختلاف الجنسية بين غير المسلمين قاطعاً لرابطة الزوجية وهو قول مرجوح يقول الجمهور بخلاف ذلك .

ثالث عشر: اتضح لى أن الزوجة الأجنبية تتأثر جنسيتها ايجاباً عند زواجها من وطنى وكذلك عند تجنس زوجها أو وجود ما يدعم جنسية الزوج على جنسية الزوجة .

رابع عشر: اتضح لى اعتناء الفقه الإسلامى والقوانين الحديثة باحترام إرادة الزوجة فى دخول الجنسية بغير إلزام .

رابعاً : اتضح لى أن الأحوال الشخصية هى ما سمحت به الشريعة العامة للدولة وللأقليات فيها من تطبيق شرائعهم الخاصة مما لا يتجاوز الشخص وأسرتة ومما لا يتصل بكيان المجتمع وقد تبنت هذا المفنى القاعدة الفقهية (اتركوهم وما يدينون)

خامساً: اتضح لى دخول آثار الزواج فى نطاق الأحوال الشخصية بما يترتب على ذلك من اختصاص قانونى وقضائى وخاصة فى الآتى :-

- 1- تخضع آثار الزواج للقانون الشخصى فى مصر فيخضع المسلمون لأحكام الشريعة الإسلامية وغير المسلمون لأحكام شرائعهم الملية
- 2- تخضع الأحوال الشخصية لقانون الجنسية .
- 3- وأمور أخرى .

سادساً: تم التوصل إلى تصور المفصر الأجنبى فى آثار الزواج ومنازعاته وتنازع القوانين فيه وذلك من خلال أحد عناصر ثلاثة :-

- 1- الاعتراف بوجود طرف أجنبى فى العلاقة .
- 2- المحل يكون أحد موضوعات آثار الزواج نفذ أو طلب تنفيذه فى بلد أجنبى .

- 3- السبب ويتمثل فى علاقة الزوجية ذاتها حيث يؤثر انقضاء الزواج فى بلد أجنبى (مثلاً) فيضفى على العلاقة عنصراً أجنبياً

سابعاً: اتضح لى أن آثار الزواج ككثيرة ومتعددة وأنها تبعاً لذلك تثير منازعات متعددة وأن أهم هذه الآثار: 1- الجنسية 2- الميراث 3- النفقة

اثان وعشرون: أن الزوجة التي اكتسبت الجنسية المصرية بسبب زواجها من وطني أو تجنس زوجها بالجنسية المصرية وتبعته فيها قد تفقد هذه الجنسية في عدة أحوال قررها المقتن المصري وقد توسع فيها الفقه الإسلامي ويستحسن بالمقتن المصري أن يضيق تلك الحالات التي تمثل أساساً للكيان والموروث الديني للمسلمين وغير المسلمين في مصر وذلك كـمكتسب الجنسية الذي يتعرض للذات العليا أو يسبب النسي (صلى الله عليه وسلم)

ثلاثة وعشرون: أن الفقه الإسلامي ويرغم عدم تنظيمه الصريح لاسترداد الجنسية والتي نظمها القانون إلا أنه توجد فروض متصورة ودلائل مؤكدة لذلك التنظيم قياساً على القواعد الفقهية والأصول الشرعية .

أربعة وعشرون: أن المقتن المصري مدعو إلى النص على استرداد الوطنية للجنسية التي فقدتها بزواج من أجنبي متى أسلمت وذلك تأكيداً على هوية مصر كبلد إسلامي غالبية سكانه من المسلمين .

خسة وعشرون: اتضح وجود ثلاثة اتجاهات في خصوص تأثير زواج الجنبى من وطنية على جنسية الزوج وأن القانون المصرى والفقه الإسلامى لا يرى تأثيراً لهذا الزواج على جنسية الزوج .

سادس وعشرون: إن القانون المصرى متفق مع الفقه الإسلامى فى مجال اكتساب الأبناء لجنسية الأب وخاصة فيما يلى :-

- 1- متى ولد الأب مسلم أو مصرى بحسب لغة الفقه أو القانون .
- 2- متى أسلم أبوه أو تجنس بجنسية الدولة .
- 3- يشترط فى الابن حتى يكتسب جنسية والده الطارئة أن يكون الابن قاصراً .

خامس عشر: اتضح لى أن الزواج الموعول عليه فى مجال اكتساب جنسية الزوج هو الزواج الصحيح وذلك فى الفقه الإسلامى والقوانين الحديثة .

سادس عشر: اتضح لى أنه لا يوجد فى حكم الإسلام وثوابه واجتهاد فقهاء مانعاً من وضع الشروط التى وضعتها القوانين الحديثة فى مجال الجنسية كشرط مرور سنة على الزواج (مثلاً) وكذا غيرها من الشروط .

سابع عشر: (الاستقلال والتبعية فى الجنسية) لقد اعتق المقتن المصرى نظرية التبعية ردهاً من الزمن ثم تخلى عنها تأثراً باستقلال الجنسية بصدر قانون (1950) وأن الفقه الإسلامى قد اعتق منهجاً وسطاً بين التبعية المطلقة والاستقلال المطلق .

ثامن عشر: وضع القانون ضمانات وشروط شكلية وتطلب توثيق الزوج بينما لم يصرح الفقه الإسلامى القديم بغير الشهادة ومع ذلك لا يوجد فى فكر الفقه الإسلامى ما يمنع من قبول فكرة التوثيق لأهمية الزواج .

تاسع عشر: اتضح لى أن زواج الوطنية من أجنبى قد يؤثر على جنسيتها بالفقد وكذلك عند تجنس الزوج الوطنى بجنسية أجنبية وكذلك عند زواج المتجنسة طارئاً من أجنبى أو استردادها لجنسيتها الأولى وأنه لا يوجد خلاف بين القانون والفقه الإسلامى فى ذلك .

عشرون: إن الردة تؤثر على جنسية المسلم بالفقد حيث تمثل خروجاً على النظام فى دولة الإسلام .

إحدى وعشرون: أن تغيير الزوج لجنسيته تغييراً إرادياً لا يؤثر على جنسية الزوجة وذلك فى القانون والفقه الإسلامى على السواء .

سبعة وعشرون: أن الابن لا يتأثر بفقد والده للجنسية إلا فى حالة واحدة فى الفقه الإسلامى وهى الحالة التى يخرج فيها الابن من دار الإسلام خروجاً دائماً على نية اللأعودة بخلاف القانون المصرى الذى ذكر ثلاث حالات لذلك .

ثمانية وعشرون: اتضح من عرض مسألة تأثير الأم فى جنسية الأبناء عدة نتائج أهمها :-

- 1- أن الفقه الإسلامى قد ساوى بين الرجل والمرأة فى شأن نقل الجنسية إلى الأولاد على حد سواء .
- 2- أن المقتن المصرى كان يفرق بين الأب والأم فى إمكانية نقل الجنسية إلى الأولاد ولم يتخلص المقتن المصرى من هذه التفرقة إلا بصدر القانون رقم 154 لسنة 2004م ولم تكن التسوية تامة حيث جعل لوزير الداخلية سلطة تقديرية فى منح الجنسية لأبناء الأم .
- 3- أن الفقه المصرى انقسم فى ظل تقنين القديم بين مؤيد ومعارض لنهج المقتن المصرى فى عدم التسوية بين الأب والأم فى نقل الجنسية للأولاد أن حجج المؤيدين لمسلك المقتن المصرى كانت واهية .
- 4- أن تشريع الجنسية المصرى لا زال يحتاج إلى تنقيح وتعديل حتى يتوافق مع الفقه الإسلامى الذى إذا أعمل أحكامه وتنظيمه لوصول إلى ما لم يصل إليه أفضل القوانين الحديثة .
- 5- أن أبناء الأم المصرية التى تزوجت من أجنبى بالمخالفة لأحكام القانون المصرى أو الشريعة الإسلامية يستحق أولادها من هذا الزواج الحصول على الجنسية المصرية مثل أولاد الأم التى تتزوج زواجا صحيحاً .

- 6- إن الفقه الإسلامى برئ من التفرقة بين الوالدين فى مجال الجنسية وأن المقتن المصرى قد تأثر بهذه التفرقة ببعض القوانين الغربية

سبعة وعشرون: برغم اتفاق الأنظمة المختلفة على الاعتداد بالزواج كسبب للميراث إلا أنها اختلفت فى مقداره .

ثلاثون: إن الشريعة الإسلامية قد أنصفت المرأة فى مجال ميراث الزوجين كما اتضح ذلك من خلال الرسالة .

اتفق القانون المصرى فى موانع الميراث وكذا شروط استحقاقه وأن الزواج الباطل لا يصلح سبباً للتوارث حتى فى حق غير المسلمين وأن المقتن المصرى قد وحد الاختصاص القانونى بحكم مسائل الموارث بين المسلمين وغير المسلمين فى مسائل الموارث عند صدور القانون المدنى لعام 1948م ولا يجوز تطبيق الشرائع المالية إلا بتراضى جميع الورثة على ذلك .

أحدى وثلاثون: أن الأنظمة القانونية لم تتفق على كلمة سواء بخصوص القانون الواجب تطبيقه على الميراث وقد اتخذ البعض من جنسية المورث ضابطاً للإسناد بينما رأى البعض أن آخر موطن للمورث هو ضابط الإسناد وقد فرق بعض آخر بين العقار والمنقول ورآه بعض رابع خاضعاً لقانون الإرادة وانحاز المقتن المصرى إلى الاعتداد بقانون جنسية المورث وقت وفاته .

اثنان وثلاثون: أن الزوجين المسلمين يجرى بينهما التوارث طبقاً لأحكام الإسلام ولا يؤثر فى ذلك زمان ولا مكان ولا مذهب وأن المسلم لا يرثه إلا مسلم ، وأن المسلم لا يرث غير المسلم طبقاً للراجح عند جمهور الفقهاء ، وأن الزوجين غير المسلمين لا يتوارثان بسبب الزواج إذا كان باطلاً ومحرم فى الإسلام تحريماً قطعياً ، وأن اختلاف الدين مانع من

الميراث في حق غير المسلمين والراجح أن غير المسلمين ملة واحدة وأنه يعقد باختلاف الدار ويشترط ارتفاع العصمة بين البلدين لمنع الميراث طبقاً للراجح.

ثلاثة وثلاثون: عندما يتوارث زوجان من غير المسلمين فإنه يتم التوارث طبقاً للملة أو الشريعة التي تحكم كل حالة على النحو التالي :-
1- إذا تم التوارث بالتراضي ودون اللجوء للقضاء فإنه يتم طبقاً لإرادتهم واتفاقهم .

2- الميراث الذي تم تقسيمه قبل إسلام أحد الورثة أو جميعهم فإنه طبقاً للراجح يتم على ما كان قبل الإسلام .

3- حينما يحتكم غير المسلمين الوطنيين إلى القضاء الإسلامي في تقسيم التركة بينهم أو يسلموا فقد قرر الفقهاء خضوع التقسيم للشريعة الإسلامية .

4- إذا كان أطراف التوارث من غير المسلمين وغير الوطنيين (الأجانب) فإن الفقهاء متمسكون بأعمال أحكام الشريعة الإسلامية في تقسيم تركتهم .

أربعة وثلاثون: أن الزوج المسلم لا يرث من الزوجة غير المسلمة طبقاً للراجح وأنها لا ترث منه بالاتفاق وتجوز بينهما الوصية والهبة .

خمس وثلاثون: أن أساس تقدير نفقة الزوجة يقوم على الاعتداد بحال الزوج مع مراعاة حال الزوجة ومتطلباتها وترك تحديد مقدار النفقة للقاضي مراعيًا في ذلك العرف والحالة الاجتماعية والاقتصادية والزمان والمكان وهو ما عليه العمل لدى القضاء المصري .

سبعة وثلاثون: كان منهج المقتن المصري في التيسير على الزوجة من أجل الحصول على نفقتها يتفق مع منهج الفقه الإسلامي .

سبعة وثلاثون: أن النفقة واجبة في الإسلام على الزوج وحده وان بعض الشرائع قد جعلها التزام تبادلي وهذه ميزة للشريعة الإسلامية .

ثمانية وثلاثون: لقد ساوى الفقه الإسلامي في استحقاق نفقة الزوجة بين الزوجة المسلمة وغير المسلمة بلا تمييز بينهما على أساس من الدين وهو الوضع الذي قنته الاتفاقيات الدولية وخاصة اتفاقية القضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة وكذلك التسوية بينهما في مقدار المستحق .

تسعة وثلاثون: لا يؤثر تغيير الدين اللاحق على نفقة الزوجين متى كان التغيير إلى الإسلام وأما ردة الزوج فلا تؤثر على استحقاق الزوجة للنفقة وتؤثر ردتها هي على نفقتها ، بينما رتب بعض أصحاب الشرائع المالية على تغيير أحد الزوجين لدينه الطلاق ولكن في هذه الحالة يتم إعمال أحكام الشريعة الإسلامية وأن المقتن المصري قد أغفل النص على الحالة التي يسلم فيها الزوج وتظل الزوجة على دينها غير الكتابي وكذلك الحالة التي تسلم فيها الزوجة ويظل الزوج على دينه وبها حبذا لو قنن المشرع المصري هاتان الحالتان .

أربعون: أن نفقة الزوجة لا تكون إلا في الزواج الصحيح ومن تاريخ العقد الصحيح .

واحد وأربعون: لقد تعامل الفقه الإسلامي بشمولية مع مسألة تحديد القانون واجب التطبيق في علاقات الزوجية المتعددة الديانة أو الجنسية ومن ثم داعى الفقه الإسلامي القانون أو المعتقد الذي نشأ الزوج في ظلالة وداعى شريعة البلد العامة وبالتالي جاء القانون واجب التطبيق متعدداً وهو ما رآه جمهور فقهاء الإسلام بينما اتجه أبو حنيفة إلى وحدة هذا القانون وأنه يتمثل في معتقد أو ملة أو قانون الزوجين الذي نشأ الزوج في ظلالة

خمس وأربعون: قرر المقتن المصري استثناءً بمقتضاه يكون القانون المصري هو الواجب التطبيق متى كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج .

سنة وأربعون: (الدفع بالنظام العام) تعد الفوارق بين الفقه الإسلامى والقانون المصرى قليلة بسبب أن القانون فى مسائل الموارىث هى الشريعة الإسلامية ويمثل الدفع بالنظام العام تحديد طيب فى مجال الموارىث عامة وموارىث الزوجين خاصة فمتى كان الزوجان مسلمين فأى مخالفة قانونية من القانون المشار إليه بقاعدة الإسناد يمثل خرقاً لقواعد الموارىث فى الإسلام المحكمة وبالتالي يدفع فى مواجهته بالنظام العام وكذلك إذا كان الزوج مسلماً والزوجة غير مسلمة تغليباً لأحكام الإسلام .

أما الحالة التى يكون فيها كلا الزوجين من غير المسلمين ولكن أحدهما مصرى فإن المصلحة هى المعيار فى الحالة الماثلة فإذا ما كان القانون الأجنبى الذى عينته قاعدة الإسناد يضر بحقوق الطرف المصرى ضرراً كبيراً امتنع القاضى المصرى عن إعماله ، وفى الحالة التى يكون فيها الزوجين من الأجانب غير المسلمين فإن الدفع بالنظام العام يدخل من جهة عدم قبول التفرقة العنصرية أو الجنسية وعدم قبول إهدار كيان وكرامة الإنسان .

سبعة وأربعون: جاء الدفع بالنظام العام فى مجال آثار الزواج قليل الفعالية نظراً لوجود الاستثناء الذى وضعه المقتن المصرى مما قلل من فرصة إعمال القانون الجنبى أصلاً وكذلك الفقه الإسلامى ألزم القاضى المسلم بإعمال قواعد الشريعة .

ثمانية وأربعون: (الدفع بالنظام العام فى مجال الجنسية) إن جوهر الجنسية مختلف فى الفقه الإسلامى عنه فى القانون المصرى فإذا كانت

والذى استمر خاضعاً له حتى وقت التداعى للقاضى المسلم ثم جاء القانون المصرى ليقرر وحده القانون الواجب تطبيقه وأنه قانون الزوج وقت انعقاد الزواج ، ولم يكن هذا الموقف من المقتن المصرى متأثراً بمذهب أبى حنيفة وإنما تأثراً بالقوانين والاتجاهات الوضعية الحديثة ، ذلك أن أبى حنيفة وإن كان يرى وحده القانون الواجب تطبيقه إلا أن هذه الوحدة داخلة تعدد حيث يراعى قانون الزوجين معاً وإنما التصق مسلك أبى حنيفة بوحدة القانون بما أقره من تطبيق قانون غير المسلمين وحدهم على آثار أنكحتهم ولم يقل بتطبيق أحكام الإسلام عليهم مراعيًا فى ذلك الأمر الواقع فيما تم قبل التداعى أو الإسلام .

اثنان وأربعون: قد راعى الفقه الإسلامى (الغالب) متطلبات العقل والعدل والمنطق بمراعاة ما تم من آثار الزواج وفقاً للقانون الذى تم ونشأ فيه ، وراعى متطلبات الشرع الحنيف الذى يجب الخضوع له والذى يجب على القاضى المسلم إعماله وإلا كان آنفاً وهو منهج يحسن بالمقتن المصرى أن يراعيه فى بلد دينه الإسلام وغالبية سكانه من المسلمين حتى لا يكلف القاضى بإعمال غير ما يعتقد ومن ثم يتخلص القانون المصرى من رواسب الاستعمار الفكرى والثقافى تمهيداً لإعمال الشرع الحنيف فى دنيا الناس .

ثلاثة وأربعون: اجتهد الفقهاء فى وضع إطار يدخل تحت نطاقه إعمال قاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج .

أربعة وأربعون: جاء الإسلام مؤكداً استقلالية المرأة عن الرجل فى الحقوق المدنية والتصرف فى أموالها (أهلية المرأة المتزوجة) بينما ظلت المرأة فى أوروبا ناقصة الأهلية ولم تتحدد منها بشكل كامل حتى الآن .



الجنسية في القانون المصري علمانية مستمدة من القوانين الغربية فإن الجنسية في الفقه الإسلامي قائمة على أسس دينية وواقعية فإن الفقه الإسلامي لا يقيم وزناً لقانون الجنسية إذا خالف أحكام الشريعة وهذه دعوة للمقنن المصري أن يراجع تقنين الجنسية المصرية وأن يضيف عليه الطابع الإسلامي خاصة وأن مصر بلد إسلامي وغالب سكانها مسلمون وهذه حقيقة قد تم تجاهلها لعود طويلة تأثراً بثقافة وفكر الاستعمار الذي لا تزال سمومه في دمائنا .

تسعة وأربعون: لقد أكدت على مدى البحث أن القاضي المسلم لا يجوز له أن يحكم بغير الشريعة الإسلامية حتى بين غير المسلمين ولما كان هذا مشغراً بالحرج فقد رأيت أن أختتم بحثي بدراسة فكرة التخلي عن نظر الدعوى كمخرج للقاضي من هذا الحرj حيث أنه محكوم بالقوانين وحتى لا يهتم بإنكار العدالة .

خمسون: اتضح لي رجحان من قال بتغيير القاضي وبالتالي جواز التخلي عن الاختصاص ولكن بشرط أن يراعى القاضي الضوابط التي وضعها أصحاب نظرية التخلي والرابطة الوثيقة وبما جذا لو قتن المشرع المصري هذه النظرية بهذه الضوابط .

سبحان ربك رب العزة عما يصفون وسلام على المرسلين والحمد لله رب العالمين ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .